

Az.: C4 4740-02

## Hinweise zur wirtschaftlichen Betätigung und zur Beteiligung der Kommunen an Unternehmen in Privatrechtsform

### Übersicht

<b>1. Grundlagen .....</b>	<b>2</b>
<b>2. Wirtschaftliche Betätigung (§ 108 KSVG).....</b>	<b>2</b>
2.1 Öffentlicher Zweck (Nr. 1) .....	2
2.2 Vereinbarkeit mit der Leistungsfähigkeit und dem Bedarf (Nr. 2) .....	4
2.3 Verschärfte Subsidiaritätsklausel (Nr. 3).....	5
2.4 Betätigung außerhalb des Gemeindegebietes (§ 108 Abs. 4 KSVG).....	5
2.5 Marktanalyse (§ 108 Abs. 5 KSVG) .....	6
2.5.1 Grundlagen.....	6
2.5.2 Befassung der Kammern der gewerblichen Wirtschaft.....	7
<b>3. Beteiligung an Unternehmen in Privatrechtsform .....</b>	<b>7</b>
3.1 Grundvoraussetzungen (§ 110 KSVG).....	8
3.1.1 Wichtiges Interesse (§ 110 Abs. 1 Nr. 1 KSVG).....	8
3.1.2 Beschränkung der Haftung und der Einzahlungsverpflichtung (§ 110 Abs. 1 Nr. 2 KSVG).....	8
3.1.3 Angemessener Einfluss (§ 110 Abs. 1 Nr. 3 KSVG).....	8
3.1.4 Jahresabschluss und der Lagebericht (§ 110 Abs. 1 Nr. 4 KSVG).....	9
3.2 Mehrheitsbeteiligungen (§ 111 KSVG).....	9
3.2.1 Grundlagen.....	9
3.2.2 Unternehmensgegenstand.....	10
3.3 Mittelbare Beteiligungen.....	10
<b>4. Besondere Hinweise zu Bürgerenergiegenossenschaften.....</b>	<b>10</b>
4.1 Grundlagen .....	10
4.2 Beschränkung der Haftung und der Einzahlungsverpflichtung.....	11
4.3 Angemessener Einfluss.....	11
4.4 Aufstellung und Prüfung des Jahresabschlusses.....	11
<b>5. Verfahrensanforderungen .....</b>	<b>12</b>
5.1 Grundlagen .....	12
5.2 Verfahrensvereinfachungen .....	13
5.2.1 Allgemeines .....	13
5.2.2 Mittelbare Kleinstbeteiligungen.....	13
5.3 Ausnahmen.....	13

## 1. Grundlagen

Die Vorschriften über die kommunalwirtschaftliche Betätigung nach § 108 KSVG und zur Beteiligung an Unternehmen in Privatrechtsform nach den §§ 110 ff. KSVG gelten nach § 189 Abs. 1 KSVG bzw. nach § 216 KSVG vorbehaltlich der ihnen gesetzlich zugewiesenen Aufgaben auch für die Landkreise und den Regionalverband Saarbrücken.

§ 108 KSVG einerseits und die §§ 110 KSVG andererseits besitzen unterschiedliche Regelungsinhalte. § 108 KSVG befasst sich mit den materiellen Voraussetzungen wirtschaftlicher Betätigung, unabhängig von der Rechtsform kommunalen Handelns („ungeachtet ihrer Rechtsform“). Anknüpfungspunkt ist der Gegenstand der Betätigung, aber nicht jede einzelne unternehmerische Handlung. Wirtschaftliche Betätigung ist „betriebsbezogen“ zu sehen, d.h. mit Blick auf die gesamte Tätigkeit.

Die §§ 110 ff. KSVG bestimmen demgegenüber - zunächst unabhängig vom Gegenstand der Tätigkeit - die Voraussetzungen für die Betätigung in Unternehmen besonderer Rechtsformen, nämlich denen des Privatrechts. Beide Regelungsblöcke existieren nebeneinander, so dass kommunales Handeln an beiden Zulässigkeitsvoraussetzungen gemessen werden muss, sofern die grundsätzlichen Voraussetzungen für ihre Anwendung gegeben sind.

Ob die Voraussetzungen für eine kommunalwirtschaftliche Betätigung nach § 108 oder nach den §§ 110 KSVG vorliegen, muss für jedes kommunale Unternehmen im Einzelfall anhand der tatsächlichen Verhältnisse und örtlichen Gegebenheiten beurteilt werden.

## 2. Wirtschaftliche Betätigung (§ 108 KSVG)

„Wirtschaftliche Unternehmen“ im Sinne des § 108 Abs. 1 KSVG lassen sich allgemein beschreiben als „jede Tätigkeit, also das Herstellen, Anbieten oder Verteilen von Gütern, Dienstleistungen oder vergleichbaren Leistungen, die ihrer Art nach (auch) von einem Privaten mit der Absicht der Gewinnerzielung ausgeübt werden könnte“.<sup>1</sup>

Die Zuordnung der Energieversorgung zur wirtschaftlichen Betätigung ist unstrittig.

Die sog. „Schrankentrias“ des § 108 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 KSVG bestimmt die wesentlichen materiellen Voraussetzungen der Zulässigkeit wirtschaftlicher Unternehmen und gilt für ihre Errichtung, Übernahme, Erweiterung oder die Beteiligung an ihnen.

### 2.1 Öffentlicher Zweck (Nr. 1)

Das Vorliegen eines öffentlichen Zwecks ist unabdingbare Voraussetzung für die Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung. Eine Betätigung außerhalb eines öffentlichen Zwecks ist ausgeschlossen. Es handelt sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der im konkreten Einzelfall zu bestimmen ist.

---

<sup>1</sup> Vorläufige Ausführungsanweisung zu § 67 der Deutschen Gemeindeordnung von 1935

Die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „öffentlicher Zweck“ setzt voraus, dass es sich um eine „kommunale Aufgabe“ handelt, d.h. eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft. Dies sind „diejenigen Bedürfnisse und Interessen, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder einen spezifischen Bezug zu ihr haben, die also den Gemeindegewohnern gerade als solchen gemeinsam sind, indem sie das Zusammenleben und -wohnen der Menschen in der Gemeinde betreffen; auf die Verwaltungskraft der Gemeinde kommt es hierfür nicht an“.<sup>2</sup> Ein öffentlicher Zweck liegt immer dann vor, wenn die Leistungen und Lieferungen eines Unternehmens im Aufgabenbereich der Kommune liegen und eine im öffentlichen Interesse gebotene Versorgung der Einwohner zum Ziel haben. Es besteht also ein normativer Zusammenhang zwischen der gemeindlichen Aufgabenerfüllung und dem Gebiet der Kommune. Nicht entscheidend ist, ob sich die Anlagen und Einrichtungen, mit denen die Aufgabe wahrgenommen wird, auf dem Gebiet der Kommune befinden.<sup>3</sup>

Bei der Energieversorgung, sowohl traditionell als auch in den Erneuerbaren Energien, bereitet diese Voraussetzung den Gemeinden regelmäßig keine Probleme. Die Energieversorgung ist auf allen Wertschöpfungsstufen (Erzeugung, Transport, Vertrieb) als Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft i. S. d. Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG anerkannt. Als Kernbereich der kommunalen Daseinsvorsorge erfüllt sie regelmäßig das Tatbestandsmerkmal „öffentlicher Zweck“.

Bei der Beurteilung ist den Kommunen grundsätzlich ein weiter Gestaltungsspielraum eingeräumt:

„Worin die Gemeinde eine Förderung des allgemeinen Wohls sieht, ist hauptsächlich den Anschauungen und Entschlüssen ihrer maßgebenden Organe überlassen und hängt von den örtlichen Verhältnissen, finanziellen Möglichkeiten der Gemeinde, Bedürfnissen der Einwohnerschaft und anderen Faktoren ab“.<sup>4</sup>

Den Kommunen steht demnach eine Einschätzungsprärogative zu. Es handelt sich um eine Frage sachgerechter Kommunalpolitik, die - wie jedes sinnvolle, wirtschaftliche Handeln - in starkem Maße von Zweckmäßigkeitserwägungen bestimmt wird. Dies hat zur Folge, dass die Beurteilung des öffentlichen Zwecks für die Errichtung und Fortführung eines Gemeindeunternehmens der Beurteilung durch den Richter und auch durch die Kommunalaufsichtsbehörde weitgehend entzogen ist.<sup>5</sup>

Es ist Sache der Gemeinde zu bestimmen, welche öffentlichen Zwecke sie in der Energieversorgung im Allgemeinen und in der Energieversorgung im Besonderen verfolgt.

§ 108 Abs. 3 Satz 3 KSVG bestimmt explizit, dass die ausschließliche Gewinnerzielungsabsicht kein legitimer öffentlicher Zweck ist. Ein wirtschaftliches Unternehmen, dessen einziger Zweck die Gewinnerzielung ist, erweist sich als unvereinbar mit dem von der Kommune zu verfolgenden Gemeinwohlinteresse. Rein erwerbswirtschaftlich-fiskalische Unternehmen sind den Gemeinden untersagt.<sup>6</sup> Dass eine Gewinner-

<sup>2</sup> BVerfG, Urteil vom 23.11.1988, 2 BvR 1619/83, 2 BvR 1628/83 - BVerfGE 79, 127; NWwZ 1989, 347 („Rastede“).

<sup>3</sup> BVerwG, Urteil vom 20.1.2005, 3 C 31/03 - BVerwGE 122, 350; NVwZ 2005, 958.

<sup>4</sup> BVerwG, Urteil vom 22.2.1972, I C 24.69 - BVerwGE 39, 329; JuS 1972, 105.

<sup>5</sup> ebda.

<sup>6</sup> ebda.

zielungsabsicht allerdings nicht ausgeschlossen ist, ergibt sich nicht zuletzt aus § 116 KSVG, wonach wirtschaftliche Unternehmen einen Ertrag für den Haushalt der Gemeinde abwerfen sollen, soweit dadurch die Erfüllung des öffentlichen Zwecks nicht beeinträchtigt wird.

Eine erwerbswirtschaftliche Betätigung mit der Absicht der Gewinnerzielung ist daher nur im Zusammenhang mit der Wahrnehmung spezifischer öffentlicher Aufgaben zulässig.

## **2.2 Vereinbarkeit mit der Leistungsfähigkeit und dem Bedarf (Nr. 2)**

Die Gemeinde darf sich nur wirtschaftlich betätigen, *„wenn das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht.“*

Maßstab für die Zulässigkeit ist in beiden Fällen, Leistungsfähigkeit der Gemeinde und voraussichtlicher Bedarf, die Relation zu Art und Umfang des Unternehmens. Als besondere Ausprägung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit besitzt die Vorschrift eine Schutzfunktion, die nicht tragbare Risiken, Über- und Unterkapazitäten und Fehlinvestitionen vermeiden will. Absatz 1 Nr. 2 korrespondiert insoweit mit Absatz 5 Satz 1, der für die kommunale wirtschaftliche Betätigung die Erstellung einer Marktanalyse voraussetzt.

Zur Beschreibung von Art und Umfang der Unternehmung können unter anderem die Art der Aufgabe sowie die Investitionshöhe und die (langfristige) Bindung von Ressourcen, wie Personal und Sachmittel berücksichtigt werden. Auch eine Prognose von Aufwand, Ertrag und Gewinn ist für die Abschätzung des Risikos im Einzelfall aussagekräftig.

Die unternehmerische Tätigkeit muss der „Leistungsfähigkeit“, d.h. der Verwaltungs- und Finanzkraft der Kommune angepasst sein. Die Verwaltungskraft wird durch die eigenen Fähigkeiten bestimmt, die Aufgabe effizient und effektiv durchzuführen. Die Finanzkraft lässt sich anhand der Haushaltslage der Kommune durch die einschlägigen Kriterien wie etwa Haushalts- oder Bilanzvolumen, Einnahmekraft, Finanzkraft, Schuldenstand oder die Eigenkapitalquote beschreiben.

Die Vereinbarkeit mit dem „voraussichtlichen Bedarf“ setzt voraus, dass Art und Umfang der zu erbringenden Güter und Dienstleistungen dem gegenwärtigen und in naher Zukunft zu befriedigenden Bedarf entsprechen. Die Höhe der Investition darf demnach nicht den vorhandenen/ermittelten Bedarf übersteigen. Um Überkapazitäten zu vermeiden ist eine Bedarfsprognose auf gesicherter Grundlage erforderlich (Marktanalyse).

Folglich wäre ein Anlagenbetrieb z.B. unzulässig, wenn absehbar wäre, dass der Absatzmarkt für eine rentable oder mindestens kostendeckende Unternehmung offensichtlich zu gering ist oder die Unterhaltung der Unternehmung Zuschüsse erfordert, die die Finanzkraft der Gemeinde im Vergleich zum öffentlichen Zweck in einem unverhältnismäßigen Maß belastet.

Ob die Voraussetzungen vorliegen, muss für jedes kommunale Unternehmen anhand der tatsächlichen Verhältnisse und örtlichen Gegebenheiten beurteilt und nach-

gewiesen werden. Bei der Beantwortung der Frage, was angemessen ist, kommt der Gemeinde wie bei den weiteren Voraussetzungen des § 108 Abs. 1 KSVG ein kommunalpolitischer Spielraum zu.

### **2.3 Verschärfte Subsidiaritätsklausel (Nr. 3)**

Im Saarland gilt die verschärfte Subsidiaritätsklausel. Demnach ist die wirtschaftliche Betätigung einer Gemeinde dann zulässig, wenn der öffentliche Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Dritten erfüllt wird oder erfüllt werden kann.

Der Rheinland-pfälzische Verfassungsgerichtshof<sup>7</sup> hat zur Prüfung der Leistungsparität zwei Vergleichskriterien herausgearbeitet, nämlich die Wirtschaftlichkeit der Leistung und deren Güte, die gleichwertig nebeneinander stehen. Ob eine Leistung wirtschaftlicher erbracht werden kann, lässt sich insbesondere nach betriebswirtschaftlichen und finanziellen Aspekten beurteilen. Bezugsgröße für die Güte der Leistung ist stets das öffentliche Wohl, das immer in Bezug zu dem spezifischen öffentlichen Zweck im Sinne der Nr. 1 steht, der Anlass und Grund der kommunalen Beteiligung ist. Es genügt allerdings, wenn der private Dritte nur bei einem dieser Merkmale schlechter abschneidet als die Kommune.

In der Energieversorgung ist die krisenfeste, stetige und möglichst ungestörte Versorgung der Einwohner zu sozial gerechtfertigten Bedingungen<sup>8</sup> als möglicher Maßstab anerkannt. Dies ist von der Gemeinde nachzuweisen, indem sie beispielsweise ihren originären Antrieb, ihre Intention und ihre besonderen Kompetenzen herausstellt.

Der Kommune wird bei der Prüfung der Zulässigkeit ihres Vorhabens an diesen Kriterien ein Beurteilungsspielraum zugestanden, der sich insbesondere auch auf das Merkmal der Güte bezieht.

### **2.4 Betätigung außerhalb des Gemeindegebietes (§ 108 Abs. 4 KSVG)**

Nach § 108 Abs. 4 KSVG darf die Gemeinde mit ihrem Unternehmen auch außerhalb des Gemeindegebietes tätig werden, wenn die Voraussetzungen des Absatzes 1 Nr. 1 vorliegen (Nr. 1) und keine betroffene kommunale Gebietskörperschaft widerspricht (vgl. Nr. 2 mit näherer Ausgestaltung). Der im Jahr 2004 neu eingefügte Absatz greift die als Folge der Liberalisierung der Energiemärkte eingetretene Entwicklung auf, in der sich die Gemeinden auch außerhalb ihres Gemeindegebietes als Energieversorger, vor allem in der Energieerzeugung und im Vertrieb an Endkunden, betätigen.

Da sich der Inhalt des Begriffs des öffentlichen Zwecks im Sinne des Absatzes 1 aus den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft herleitet, würde eine zu restriktive Interpretation die gesetzgeberische Intention, die örtliche Beschränkung aufzuheben, in's Leere laufen lassen. Andererseits muss auch eine grenzüberschreitende Betätigung materiell eine kommunale Aufgabe darstellen. Dies ist dann gegeben, wenn die überörtliche Betätigung jenseits der Gemeindegrenzen einen Nutzen für die eigenen

---

<sup>7</sup> RhPfVerfGH, *Urteil* vom 28. 3. 2000 - VGH N 12/98, NVwZ 2000, 801 (803).

<sup>8</sup> ebda.

Einwohner der Gemeinde entfaltet. In der Energieversorgung kommt hierbei der Marktstellung des kommunalen Unternehmens und der vom Gesetzgeber angestrebten Chancengleichheit mit den Wettbewerbern eine entscheidende Bedeutung zu. Da die Gemeinde im eigenen Gemeindegebiet im Wettbewerb mit Anbietern steht, die ihrerseits keinen örtlichen Schranken unterworfen sind, ist eine Versorgung der eigenen Einwohner in aller Regel nur dann möglich, wenn das kommunale Unternehmen auf Dauer eine ausreichend starke Stellung auch am überörtlichen Markt erwerben und halten kann. Die Gemeinde ist daher nicht auf die Deckung des örtlichen Bedarfs oder gar Restbedarfs beschränkt, darf sich aber von der kommunalen Aufgabenerfüllung nicht gänzlich lösen.

Reines Gewinnstreben vermag eine grenzüberschreitende Betätigung daher weder dem Grunde noch dem Umfang nach zu rechtfertigen.

In der Folge kommt der angemessenen Relation von Art und Umfang des grenzüberschreitenden Unternehmens zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zu dem zu prognostizierenden Bedarf in einem ggf. größeren Absatzgebiet nach Absatz 1 Nr. 2 auch im Zusammenhang mit der Marktanalyse nach Absatz 5 eine besondere Bedeutung zu und wird im Einzelfall ggf. auch zu einer Beschränkung der Betätigung führen.

Nach § 108 Abs. 4 Nr. 2 KSVG sind die Interessen der von der auswärtigen Betätigung betroffenen Gebietskörperschaften zu wahren. Im Umkehrschluss kann eine Betätigung auch gegen den Willen der betroffenen Gemeinde erfolgen, wenn diese keine „berechtigten Interessen“ vorbringt. Auch eine Absichtserklärung der Gemeinde, sich einer bis dato noch nicht erledigten Aufgabe in Zukunft widmen zu wollen, kann als „berechtigtes Interesse“ betrachtet werden.

Bei gesetzlich liberalisierten Tätigkeiten, d.h. im Wettbewerb wahrgenommenen Aufgaben wie der Energieversorgung, gelten aber nur die Interessen als berechtigt, die nach einschlägigen bundesgesetzlichen Vorgaben - im Falle der Energieversorgung des Energiewirtschaftsgesetzes - eine Einschränkung des Wettbewerbs zulassen.

Somit ist es den Gemeinden unter anderem auch gestattet, Kunden außerhalb des Gebietes der Sitzgemeinde zu akquirieren und mit Energie zu beliefern, selbst wenn sie damit in Konkurrenz zur Nachbargemeinde treten. Dies gilt auch für Erneuerbare Energien.

## **2.5 Marktanalyse (§ 108 Abs. 5 KSVG)**

### 2.5.1 Grundlagen

Wirtschaftliche Betätigung ist typischerweise nicht nur mit Verdienstmöglichkeiten verbunden, sondern auch mit finanziellen Risiken behaftet. Daher ist nach § 108 Abs. 5 KSVG der Gemeinderat vor der Entscheidung über die Beteiligung an einem wirtschaftlichen Unternehmen auf der Grundlage einer Marktanalyse umfassend und erschöpfend über die Chancen und Risiken der beabsichtigten unternehmerischen Betätigung sowie über deren Auswirkungen auf das Handwerk und die mittelständische Wirtschaft zu unterrichten.

Die Auseinandersetzung mit der konkreten Wettbewerbssituation ist unabdingbar, weil sowohl Chancen als auch die Risiken des geplanten Unternehmensgegenstandes nicht immer offensichtlich sind. Sie steht in engem Bezug zur kommunalen Leistungsfähigkeit und zur Bedarfsprognose nach Absatz 1 Nr. 2. Sinn und Zweck des Gesetzes verlangen von der Marktanalyse eine hinreichende Aussagekraft, ihr Umfang und Inhalt sind aber an die Größenordnung und an die Intensität des Engagements anzupassen.

### 2.5.2 Befassung der Kammern der gewerblichen Wirtschaft

Vor der Befassung im Gemeinderat ist den Kammern der gewerblichen Wirtschaft und der freien Berufe, soweit ihr Geschäftsbereich betroffen ist, sowie der Arbeitskammer Gelegenheit zur Stellungnahme zur Marktanalyse zu geben. Die Stellungnahmen sind dem Gemeinderat zur Kenntnis zu geben. Die Entscheidung über die wirtschaftliche Betätigung muss der Gemeinderat in Auseinandersetzung mit der Marktanalyse und der Haltung der Kammern treffen.

Zur Verfahrenserleichterung haben das Ministerium für Inneres und Sport, die Industrie und Handelskammer des Saarlandes, die Handwerkskammer des Saarlandes und die Arbeitskammer des Saarlandes die „Vereinbarung zur Beschleunigung der Energiewende“ abgeschlossen<sup>9</sup>. Die Vereinbarung betrifft die Wertschöpfungsstufen der Erzeugung, des Transports und des Vertriebs von Energie und der Erzeugung und Gewinnung von Energieträgern im Bereich der Erneuerbaren Energien nach § 3 Nr. 3 des Gesetzes für den Vorrang Erneuerbarer Energien (EEG). Sie gilt mithin für Tätigkeiten „bis zur Grundstücksgrenze, bzw. bis zum Zähler“. Die Kammern erklären hierin, dass sie bei einem kommunalen wirtschaftlichen Engagement in diesem Bereich Belange des Handwerks und der mittelständischen Wirtschaft grundsätzlich nicht negativ berührt sehen.

Eine Stellungnahme der Kammern im Einzelfall nach § 108 Abs. 5 Satz 2 KSVG ist in diesen Fällen nicht erforderlich und der Gemeinderat kann über die wirtschaftliche Betätigung ohne eine Stellungnahme der Kammern beschließen. Das Erfordernis einer Marktanalyse nach § 108 Abs. 5 Satz 1 KSVG bleibt unberührt.

Nach Nr. 2 der Vereinbarung sind die Kammern über die wirtschaftliche Betätigung - nach der Entscheidung des Rates - durch Vorlage der Marktanalyse zu informieren. Nur im Falle schwerwiegender Bedenken sind diese der Gemeinde innerhalb einer Frist von 1 Woche mitzuteilen. Der Gemeinderat ist dann erneut zu befassen.

## 3. Beteiligung an Unternehmen in Privatrechtsform

In der Wahl der Rechtsform ihrer Betätigung sind die saarländischen Kommunen weitgehend frei. Unter Beachtung der Beteiligungsvoraussetzungen der §§ 110 bis 112 KSVG sind auch im Geschäftsfeld der Erneuerbaren Energien zivilrechtlich gestaltete Engagements, z.B. in einer GmbH, AG, KG oder der eingetragenen Genossenschaft grundsätzlich möglich. § 110 KSVG enthält die in allen Fällen der Beteiligung anzuwendenden Regeln. § 111 KSVG ergänzt ihn um spezielle Regeln für Mehrheitsbeteiligungen, § 112 KSVG für mittelbare Beteiligungen.

---

<sup>9</sup> Vgl. Internet unter [www.kommunales.saarland.de](http://www.kommunales.saarland.de), Menüpunkt Kommunale Wirtschaft.

### 3.1 Grundvoraussetzungen (§ 110 KSVG)

#### 3.1.1 Wichtiges Interesse (§ 110 Abs. 1 Nr. 1 KSVG)

Für die Aufgabenerledigung in der Privatrechtsform ist unabdingbare Voraussetzung, dass ein wichtiges Interesse der Gemeinde an der beabsichtigten Rechtsform besteht, die von dem materiellen „öffentlichen Zweck“ nach § 108 Abs. 1 Nr. 1 KSVG zu unterscheiden ist. Erforderlich ist eine Auseinandersetzung mit dem juristischen und ökonomischen Entscheidungsproblem der Wahl der Rechtsform, d.h. der Abwägung der rechtlichen und wirtschaftlichen Vor- und Nachteile, die eine Rechtsform für das beabsichtigte Engagement bietet. Wegen der eingeräumten Einschätzungsprärogative bereitet der materielle Nachweis, dass ein wichtiges Interesse seitens der Kommune vorliegt, bisher regelmäßig keine Schwierigkeiten.

#### 3.1.2 Beschränkung der Haftung und der Einzahlungsverpflichtung (§ 110 Abs. 1 Nr. 2 KSVG).

Die Haftung und die Einzahlungsverpflichtung müssen in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde stehen. Für die rechtliche Beurteilung, ob diese Voraussetzung erfüllt ist, kommt es nicht nur auf die Höhe der zu leistenden Einlage an, sondern unabhängig von der gegebenen Haftungsbegrenzung auf alle aus der Beteiligung entstehenden finanziellen Lasten. Durch die Vorschrift soll verhindert werden, dass die Gemeinde durch die Beteiligung Risiken eingeht oder Vermögensverluste erleidet, die im Voraus nicht abzuschätzen sind und die finanzielle Leistungsfähigkeit der Gemeinde übersteigen können. Anhand einer Ertragsprognose ist daher für einen mittelfristigen Zeitraum von i. d. R. drei bis fünf Jahren die voraussichtliche Entwicklung des Unternehmens darzustellen. Inhaltlich korrespondiert § 110 Abs.1 Nr. 2 KSVG mit den Vorschriften des § 108 KSVG hinsichtlich der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und der Erstellung der Marktanalyse.

Eine Beteiligung als Gesellschafter an einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), an einer Offenen Handelsgesellschaft (OHG) oder als Komplementär einer Kommanditgesellschaft (KG) scheidet aus, weil eine Haftungsbeschränkung nicht möglich ist.

#### 3.1.3 Angemessener Einfluss (§ 110 Abs. 1 Nr. 3 KSVG)

Die Gemeinde soll bei einer Beteiligung an einem Unternehmen in Privatrechtsform einen angemessenen Einfluss, insbesondere im Aufsichtsrat des Unternehmens erhalten (Ingerenzpflicht). Damit soll die Gemeinde grundsätzlich in die Lage versetzt werden, die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmenspolitik festzulegen, zu überwachen und zu kontrollieren und somit eine Ausrichtung des Unternehmens auf den angestrebten öffentlichen Zwecks sicherzustellen.

Über welchen Einfluss die kommunalen Gesellschafter mindestens verfügen müssen, lässt sich nicht generell bestimmen, sondern ist im Einzelfall zu untersuchen. Grundsätzlich bestimmt sich die Angemessenheit des Einflusses nach der Höhe und Intensität der Beteiligung im Verhältnis zu den übrigen Gesellschaftern. Dem Verhältnis von Beteiligungsquote und Stimmenanteil in der Gesellschafterversammlung



oder einem vergleichbaren Organ und/oder in einem Aufsichtsrat kommt eine wesentliche jedoch keine ausschließliche Bedeutung zu. Die Existenz eines Aufsichtsrates ist in diesem Zusammenhang zwar bedeutsam, aber nicht zwingend.

Vielmehr ist die Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags oder der Satzung insgesamt im Einzelfall zu beurteilen. Hierzu zählen etwa die Aufgabenverteilung zwischen den Gesellschaftsorganen, Mindest-Quoren oder Zustimmungsvorbehalte Dritter für bestimmte Entscheidungen, Entsenderechte in den Aufsichtsrat oder in die Geschäftsführung oder Wahlmodalitäten.

Die Möglichkeiten und Grenzen zur Ausgestaltung der Gesellschaft ergeben sich hierbei allein aus dem einschlägigen bundesrechtlichen Gesellschaftsrecht<sup>10</sup>.

Im Falle der ausschließlichen Beteiligung als Kommanditist an einer KG kann die Angemessenheit des Einflusses fraglich sein, weil die Kommanditisten von der Führung der Geschäfte der Gesellschaft ausgeschlossen und zur Vertretung der Gesellschaft nicht ermächtigt sind.

Sowohl unter Haftungsgesichtspunkten als auch unter dem Aspekt der Einflussnahme kann - abhängig von der Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages - eine kommunale Beteiligung als Gesellschafter einer Komplementär-GmbH einer GmbH & Co KG auch bei gleichzeitiger unmittelbarer Übernahme von Kommanditanteilen eine Lösung darstellen.

#### 3.1.4 Jahresabschluss und der Lagebericht (§ 110 Abs. 1 Nr. 4 KSVG)

Jahresabschluss und Lagebericht müssen entsprechend den Vorschriften des Dritten Buches des Handelsgesetzbuches für große Kapitalgesellschaften aufgestellt und geprüft werden. Hieraus ergibt sich die Forderung nach einem gleichwertigen Qualitätsstandard der Rechnungslegung und der Jahresabschlussprüfung, d.h. nach einer hinsichtlich des Prüfungsumfangs und hinsichtlich der Qualifikation des Prüfers gleichwertigen Prüfung.

### 3.2 Mehrheitsbeteiligungen (§ 111 KSVG)

#### 3.2.1 Grundlagen

§ 111 Abs. 1 KSVG verlangt unter dem Vorbehalt, dass keine gesetzlichen Vorschriften entgegenstehen, dass bestimmte Gegenstände in den Gesellschaftsvertrag oder in die Satzung aufgenommen werden. Dies gilt jedoch nur dann, wenn der Gemeinde allein oder zusammen mit anderen Gemeinden, Gemeindeverbänden oder Zweckverbänden die Mehrheit der Anteile an dem Unternehmen gehören. Als Anteile gelten auch Anteile, die Unternehmen in einer Rechtsform des privaten Rechts gehören, an denen Gemeinden, Gemeindeverbände oder Zweckverbände allein oder zusammen mit Mehrheit beteiligt sind (§ 111 Abs. 2 KSVG). Anderenfalls soll die Gemeinde darauf hinwirken.

---

<sup>10</sup> Vgl. Hess. VerfGH, v. 9.2.2012, 8 A 2043/10

Es handelt sich um Vorschriften, die wesentliche und bedeutsame Unternehmensentscheidungen in die Hand der Gesellschafterversammlung legen.

### 3.2.2 Unternehmensgegenstand

§ 111 Abs. 1 Nr. 1 KSVG verlangt, dass der Unternehmensgegenstand im Gesellschaftsvertrag konkret bezeichnet und das Unternehmen nachhaltig auf den öffentlichen Zweck ausgerichtet werden muss. Der Begriff des öffentlichen Zwecks ist im materiellen Sinne im Bezug auf die kommunale Aufgabe zu verstehen. Zur Erfüllung genügt es, wenn die Leistungen des Unternehmens zum Aufgabenbereich der Gemeinde gehören und eine im öffentlichen Interesse gebotene Versorgung der Einwohner zum Ziel haben. Dies ist so hinreichend genau zu bezeichnen, dass die Ausrichtung der Gesellschaft auf den öffentlichen Zweck gewährleistet ist.

Bei wirtschaftlichen Unternehmen muss es sich um einen nach § 108 KSVG zulässigen und ausreichend beschriebenen Unternehmensgegenstand handeln. Da die wirtschaftliche Betätigung „betriebsbezogen“ zu sehen ist, sind alle späteren Betätigungen der Gesellschaft, die der Unternehmensgegenstand umfasst, hiervon abgedeckt. Unternehmensgegenstandsfremde Handlungen halten sich noch im Rahmen des Unternehmensgegenstandes und sind daher zulässig, wenn es sich um Hilfs- oder Nebengeschäfte handelt.

### 3.3 Mittelbare Beteiligungen

Für mittelbare Beteiligungen ist § 112 KSVG zu beachten.

## 4. Besondere Hinweise zu Bürgerenergiegenossenschaften

### 4.1 Grundlagen

In jüngster Zeit haben sich vor allem Unklarheiten bei einer wirtschaftlichen Betätigung in Bürgerenergiegenossenschaften ergeben. Dies sind eingetragene Genossenschaften im Sinne des § 1 Genossenschaftsgesetz (GenG), die häufig aus Bürgerinitiativen entstanden sind, in denen sich in einem meist örtlich begrenzten Gebiet Grundstückseigentümer zur gemeinsamen Errichtung und Nutzung von Erneuerbare-Energien-Anlagen zusammenschließen.

Die Rechtsform der Genossenschaft ist eine nach den §§ 110 KSVG grundsätzlich mögliche Rechtsform. Allerdings sind einige Besonderheiten zu beachten, weil die Möglichkeiten, die Satzung zu gestalten, anders als etwa bei der GmbH, sehr begrenzt sind. Die Zulässigkeit der Rechtsform kann daher nur im Einzelfall anhand der Ziele, die die Gemeinde mit der Beteiligung verfolgt, und der Genossenschaftssatzung in ihrer Gesamtheit rechtlich beurteilt werden.

## **4.2 Beschränkung der Haftung und der Einzahlungsverpflichtung**

Die Beschränkung der Haftung und der Einzahlungsverpflichtung der Gemeinde auf einen angemessenen Betrag nach § 110 Abs. 1 Nr. 2 KSVG bedarf für den Fall, dass die Satzung eine - beschränkte - Nachschusspflicht vorsieht, der Untersuchung im Einzelfall. Im Regelfall soll die Satzung den Ausschluss der Nachschusspflicht vorsehen. Im Fall der unbeschränkten Nachschusspflicht ist eine Beteiligung absolut ausgeschlossen.

## **4.3 Angemessener Einfluss**

Die Mitglieder des Aufsichtsrats der Genossenschaft sind zwingend von der Generalversammlung zu wählen. Die Möglichkeit, Vertreter der Genossen in den Aufsichtsrat zu entsenden, besteht nicht. Daher besteht keine Möglichkeit, auch im Aufsichtsrat den Einfluss der Gemeinde verbindlich abzusichern.

Entsprechend dem sogenannten genossenschaftlichen Demokratieprinzip („one man one vote“) hat jedes Mitglied der Generalversammlung nach § 43 Abs. 3 Satz 1 GenG - unabhängig von der Zahl der Genossenschaftsanteile - eine Stimme. Maximal sind unter den Voraussetzungen des § 43 Abs. 1 Satz 2 und 3 GenG drei Stimmen möglich für Genossen, die den Geschäftsbetrieb besonders fördern.

Die in § 110 Abs.1 Nr. 2 KSVG geforderte Angemessenheit des Einflusses kann dann in Frage stehen, wenn die Stimmanteile in der Vollversammlung unangemessen hinter den Genossenschaftsanteilen zurückbleiben. Wird mehr als ein Genossenschaftsanteil übernommen, sollte daher grundsätzlich von der Einräumung von Mehrstimmrechten für die Gemeinde Gebrauch gemacht werden.

Bei einer großen Zahl von Genossen kann die Angemessenheit des Einflusses insoweit auch dann noch gegeben sein, wenn die Zahl der Stimmrechte nur die Hälfte der übernommenen Genossenschaftsanteile beträgt und ein angemessenes Verhältnis zu den Stimmrechten der übrigen Genossen gewahrt ist.

Stellt sich eine beabsichtigte Beteiligung in der konkret vorgesehenen Ausgestaltung als unzulässig heraus, kann eine sog. „Dachgenossenschaft“ eine Lösung darstellen. Es handelt sich um eine Genossenschaft, deren Anteile nur von wenigen Genossen gehalten werden, so dass eine Gemeinde hierin einen angemessenen Einfluss ausüben kann. Die Dachgenossenschaft kann sich dann ihrerseits an einer Bürgerenergiegenossenschaft beteiligen.

## **4.4 Aufstellung und Prüfung des Jahresabschlusses**

Nach 110 Abs. 1 Nr. 4 KSVG muss gewährleistet sein, dass der Jahresabschluss und der Lagebericht, soweit nicht weitergehende gesetzliche Vorschriften gelten oder andere gesetzliche Vorschriften entgegenstehen, entsprechend den Vorschriften des Dritten Buches des Handelsgesetzbuches für große Kapitalgesellschaften aufgestellt und geprüft werden.

Die Prüfung der Genossenschaft erfolgt regelmäßig durch den Genossenschaftsverband. Sie genügt den Anforderungen, sofern sie die inhaltlichen Vorgaben des § 110 Abs. 1 Nr. 4 KSVG i. V. m. § 317 HGB erfüllt. Eine zusätzliche Prüfung durch einen weiteren Abschlussprüfer nach § 318 ff. HGB ist nicht erforderlich.

## **5. Verfahrensanforderungen**

### **5.1 Grundlagen**

Die Entscheidung über eine Beteiligung der Gemeinde an einem Unternehmen in der Rechtsform des privaten Rechts oder an einem wirtschaftlichen Unternehmen ist vorbehaltene Aufgabe des Gemeinderats (vgl. im Detail § 35 Nr. 19 bzw. 20 KSVG). Der Beschluss ist der Kommunalaufsichtsbehörde anzuzeigen (§ 118 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 bzw. Nr. 3 KSVG). Die Anzeige muss im Einzelfall erkennen lassen, ob die Voraussetzungen für die unternehmerischen Aktivitäten der Gemeinde erfüllt sind (§ 118 Abs. 1 Satz 2 KSVG). Dies betrifft insbesondere das Vorliegen der Voraussetzungen der Schrankentrias des § 108 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 KSVG. Weiterhin muss die Gemeinde darlegen, dass der Gemeinderat gemäß § 108 Abs. 5 KSVG vor seinem Beschluss auf Grundlage der Marktanalyse umfassend unterrichtet wurde und den Kammern Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben wurde.

Bei Vorliegen einer Mehrheitsbeteiligung einer Gemeinde an einer Genossenschaft müssen gemäß § 111 Abs. 1 KSVG im Gesetz festgelegte Regelungen wie z.B. die konkrete Bezeichnung des Unternehmensgegenstandes, die nachhaltige Ausrichtung auf den öffentlichen Zweck, die Feststellung und Änderung des Wirtschaftsplan usw. in der Satzung geregelt werden. Ist die Beteiligung keine Mehrheitsbeteiligung, so soll die Gemeinde, soweit ihr Interesse dies erfordert, darauf hinwirken, dass in die Satzung die vorgenannten Regelungen aufgenommen werden (§ 111 Abs. 3 KSVG). Damit die Kommunalaufsichtsbehörde dies beurteilen kann, muss erkennbar sein, ob es sich um eine Mehrheitsbeteiligung handelt oder nicht.

Eine Reaktion der Kommunalaufsichtsbehörde schreibt das KSVG, anders als bei einer Genehmigung nicht vor. Sie kann aber einschreiten, wenn Mängel erkennbar sind.

Die Darlegungsverpflichtung obliegt der Gemeinde. Sie hat es in der Hand, durch die Erfüllung der materiellen und formalen Anforderungen und deren Nachweis das Verfahren zu beschleunigen. In der Vergangenheit bis in jüngste Zeit haben sich nicht selten Verfahrensverzögerungen ergeben, weil einfache Anforderungen, etwa hinsichtlich der Mindestinhalte eines Gesellschaftsvertrages, nicht erfüllt wurden oder ausreichende Erläuterungen fehlten. Es empfiehlt sich daher, dass sich die betreffende Gemeinde frühzeitig mit der Kommunalaufsichtsbehörde abstimmt, sobald die Projektphase ein gewisses Stadium der Bestimmtheit erreicht hat.

## **5.2 Verfahrensvereinfachungen**

### **5.2.1 Allgemeines**

Sind mehrere Gemeinden an einem wirtschaftlichen Unternehmen beteiligt, kann die Marktanalyse und die Beteiligung der Kammern einheitlich durchgeführt werden. Auch eine Zusammenfassung von Anzeigen im Auftrag beteiligter Gemeinden ist möglich. Die Beauftragung durch die Gemeinde ist in geeigneter Form nachzuweisen. Die inhaltlichen Anforderungen und das Erfordernis der Beschlussfassung durch die Gemeinderäte bleiben unberührt.

### **5.2.2 Mittelbare Kleinstbeteiligungen**

Mittels der Anzeige nach § 118 KSVG soll der Kommunalaufsichtsbehörde die Gelegenheit zu einer rechtlichen Überprüfung gegeben werden, um ggf. nach dem Opportunitätsprinzip einzuschreiten, wenn sie Rechtsverstöße feststellt. Dies gilt vorliegend insbesondere für die Fälle, in denen spürbare negative Folgen für die betreffende Gemeinde, für das Unternehmen oder die private Wirtschaft zu befürchten sind. Wenn eine einzelne Gemeinde lediglich mittelbar i. S. d. § 112 KSVG und nur in sehr geringem Umfang an einem Unternehmen in der Form des privaten Rechts beteiligt ist, sind diese negativen Folgen regelmäßig nicht zu befürchten, so dass dem Sinn des Gesetzes auch ohne eine Anzeige durch jede einzelne beteiligte Gemeinde Rechnung getragen wird.

Daher kann bei mittelbaren Beteiligungen von einer Anzeige abgesehen werden, wenn die Beteiligung der einzelnen Gemeinde unter Berücksichtigung des § 111 Abs. 2 Satz 2 KSVG weniger als zwei Prozent der Anteile des Unternehmens beträgt. Bei kommunalen Mehrheitsbeteiligungen ist unter den vorgenannten Voraussetzungen eine Anzeige durch eine der beteiligten Gemeinden ausreichend.

Die Kommunalaufsichtsbehörde kann eine Anzeige durch die einzelne Gemeinde verlangen, wenn sie von der Beteiligung Kenntnis erhält.

## **5.3 Ausnahmen**

Durch die Einfügung des § 118 Abs. 2 KSVG im Jahr 2004 wurde die Möglichkeit geschaffen, von den Voraussetzungen des § 108 Abs. 1 bis 5 KSVG im Einzelfall zu befreien. Voraussetzung ist, dass atypische Verhältnisse zu Grunde liegen, die zwar im Rahmen der aufsichtsrechtlichen Entscheidung nach den Maßstäben des § 108 KSVG nicht zu berücksichtigen sind, jedoch aus übergeordneten Interessen des Landes eine Ausnahmeentscheidung rechtfertigen. Ein solcher Fall kann auch vorliegen, wenn die strikte Anwendung des § 108 KSVG zu unangemessenen Ergebnissen führen würde, etwa weil die wirtschaftliche Betätigung im Hinblick auf den (marktwirtschaftlichen) Schutzzweck des § 108 KSVG unschädlich ist (z.B. Pilotprojekt).

Wegen des Ausnahmecharakters der zu treffenden Entscheidung besteht seitens des Antragsstellers eine besondere Begründungspflicht. Die Darlegung ist auch für die im Rahmen der Ermessensentscheidung vorzunehmende Abwägung der öffentlichen und privaten Interessen von Bedeutung. Um zu gewährleisten, dass in diesem

Abwägungsprozess die Interessen der privaten Wirtschaft hinreichend vertreten sind, ist für die Ausnahmeentscheidung das Einvernehmen des Ministeriums für Wirtschaft, Arbeit, Energie und Verkehr erforderlich.

gez. Georg Jungmann